
A Complexa Questão dos Direitos das Minorias e a Efetividade de sua Tutela no Plano Individual e Coletivo

Júlio César Ballerini Silva

Juiz de Direito; Mestre em Processo Civil pela PUCCAMP;
Especialista em Direito Privado e Processo Civil pela FADUSP.

O paradigma do direito natural, em sua acepção mais formal, dentro de uma visão atrelada a rigorosos silogismos, esgotou-se. E isso porque a evolução tecnológica uniu o mundo, o que ocorreu em velocidade recorde, fazendo com que o número de negociações, transações e contratações também crescesse muito.

E, na mesma proporção, também cresceu o número de demandas judiciais. Basta, aliás, que se verifique que o Código Civil de 1.916 falava em contratações por correspondência, o que acaba por perder o sentido num mundo em que grande parte das pessoas já se comunica por e-mail, ou utiliza a linguagem *www* (fenômeno recente vez que tal linguagem surgiu na Suíça, em meados de 1.991).

A par disso, o acesso mais fácil, e relativamente barato, às informações (primeiro com o rádio, depois com a televisão e, atualmente, com a internet), propiciou, e vem propiciando, o desenvolvimento da educação , o que, obviamente, contribui para a formação de uma consciência mais crítica, mais apurada.

E tal fenômeno faz com que a sociedade se organize melhor, aumentando o rol dos direitos formalmente reconhecidos (conseqüências desta mesma democratização da informação), fazendo com que o número potencial de demandas também aumente, como reflexo do fenômeno de ampliação do acesso ao Poder Judiciário (a Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1.988, foi um dos exemplos práticos deste fenômeno).

Isso porque, quanto mais informada e educada for a população, mais ciente estará dos limites da atuação do Poder Público, que não poderá se opor, impunemente, à realização dos direitos previstos pelo ordenamento jurídico.

Podem ser destacados como exemplos de resultados desta democratização da informação, os questionamentos em relação ao direito de propriedade, e o acesso à mesma pela sua função social, o agravamento das limitações ao exercício desta mesma propriedade, para assegurar a preservação do meio ambiente e das relações de vizinhança, o surgimento de limitações à contratação (direitos nas relações de consumo e suas decorrências numa economia globalizada).

Esses, aliás, são fenômenos típicos da publicização do direito privado , paralelos à privatização do direito público (complexidades do mundo moderno, e que deverão ser analisadas no moderno pensamento científico, tal como preconizado por Edgar Morin¹, no seu texto em defesa da interdisciplinariedade).

Esse novo rol de direitos acabou sendo denominado por Fábio Konder Comparato, numa visão fundada em Norberto Bobbio, como direitos humanos de terceira geração, acabando por ter como característica básica, a sua transindividualidade.

José Eduardo Faria,² ademais, acaba por referir-se ao fenômeno, utilizando o critério segundo o qual, os direitos humanos de primeira geração seriam aqueles relativos à cidadania civil e política (vida, locomoção, pensamento, voto, iniciativa, propriedade e disposições de vontade).

Numa segunda geração estariam inseridos aqueles direitos referentes à uma cidadania social e econômica (a educação e a saúde, ambas enquanto direito individual, a segurança social e nas relações de capital e trabalho).

E, por fim, os ditos direitos humanos de terceira geração, qualificados pelo autor aludido como aqueles referentes a uma cidadania pós-material (aqui se encontrariam os direitos à qualidade de vida, ao meio ambiente saudável, à tutela dos interesses difusos, ao reconhecimento da diferença, da singularidade e da subjetividade).

Não se pode esquecer, ainda, que todos esses direitos humanos, acabam por ser entendidos como direitos humanos fundamentais (os *fundamental rights* do direito anglo-saxão), englobando as liberdades públicas do artigo 5º e os direitos sociais dos artigos 6º e 7º e seus consectários, todos da Constituição Federal, e que,

¹ Morin, Edgar. Ciência com Consciência, Rio de Janeiro: Bertrand, Brasil, 2.000.

² Faria, José Eduardo. O direito numa economia globalizada. São Paulo: Malheiros, 1.991.

portanto, em tese, não poderiam ser alterados nem por proposta de Emenda à Constituição (artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da referida Carta Política).

Esses novos grupos de direitos acabam sendo vistos como pertencentes não mais ao indivíduo, mas são tratados como pertencentes a toda uma coletividade (são os direitos dos consumidores, ao meio ambiente hígido, à preservação de um patrimônio histórico, etc ...).

E toda essa nova situação deve ser assegurada, sob pena de que ocorra o que Cândido Rangel Dinamarco³ denominou como vazio processual, ou seja, a impunidade em relação ao descumprimento ou violação desses novos direitos.

A par de tudo isso, ainda contribuindo para a ocorrência do esgotamento do paradigma do direito natural, deve ser destacada a existência de certas atividades que podem, momentaneamente, trazer prejuízos ao interesse de um número muito grande, e até, indeterminado de pessoas.

Neste grupo de situações poderiam ser inseridas as questões referentes à exploração da energia nuclear, à formação de cartéis, monopólios e oligopólios (dentre inúmeras outras tidas como relações de massa, envolvendo valores monetários fabulosos, com milhões de transações diárias – v.g., fornecimento de serviços de telefonia, energia elétrica etc.), pois são situações que levam à necessidade de reformulação dos conceitos básicos de direito material e, sobretudo, do direito processual, na sua visão instrumentalista (e, atualmente, se preconiza a necessidade de “retorno ao imanentismo” como uma das soluções para a crise de demora na prestação da atividade jurisdicional).

Verifica-se, diante disso, a impossibilidade do paradigma jurídico vigente em resolver esses problemas típicos da formação de uma sociedade de massas, daí falar-se em esgotamento do paradigma, enquanto forma de se pensar o direito e sua efetividade, num mundo cheio de complexidades, tal como exposto nas linhas atrás.

Por isso, o fenômeno referente aos direitos das minorias não pode deixar de ser entendido como uma situação poliédrica, a ser pensada de várias formas, com vista

³ **DINAMARCO**, Cândido Rangel, APUD, **MARINONI**, Luiz Guilherme et alli., Manual do Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, Brasil, 2..000, p. 687.

à possibilidade de proposição de soluções para os novos problemas inerentes a este aspecto do ordenamento jurídico.

Nessa linha de raciocínio, de se asseverar que já surge um desafio inicial que se estabelece com índole conceitual, temática, devendo-se identificar o que poderia vir a ser considerado como uma minoria, conceito tipicamente interdisciplinar.

Muito embora, num primeiro momento, se possa pretender definir minoria como algo relacionado a um critério matemático, numérico, com referências a uma noção de inferioridade quantitativa⁴, o que ocorre na maioria dos casos (*verbi gratia*, direitos dos homossexuais, dos idosos, direitos de índole civil dos detentos etc...), algumas vezes o termo poderá se referir a grupos não hegemômicos, embora não necessariamente em inferioridade numérica, o que, geralmente, ocorre no direito internacional (por exemplo, palestinos são maioria em seu território, mas não tem o poder, sofrendo discriminações em relações aos judeus número matematicamente inferior, neste mesmo território, o que, no plano da ciência política e do direito internacional poderia ser classificado como minoria étnica ou minoria nacional, já que não conseguem adquirir terras e direitos em igualdade de situação com outros grupos, o mesmo se dando com a população negra da África do Sul, durante o regime do Apartheid).

Neste aspecto, aliás, valioso e elucidativo da questão, de se referir a opinião do cientista Jorge Borges de Macedo, que aponta, no cenário das ciências humanas, pelo menos três possibilidades de acepção do termo minoria, na primeira acepção são destacados conjuntos destacados por etnias, cultura, língua, religião e interesses (destaca o autor exemplos como as minoria cigana ou a minoria porto-riquenha nos Estados Unidos da América); na segunda acepção, implicaria numa referência a algum movimento de opinião divergente da opinião majoritária a respeito de dado objeto (situação típica de partidos políticos ou de correntes referentes a movimentos sociais e religiosos) e, uma terceira e última acepção, implicando num próprio modo alternativo de se analisar o Poder e a filosofia.⁵

⁴ Diniz, Maria Helena. Dicionário Jurídico, V. 3, São Paulo: Saraiva, 1.998, 1ª edição, p. 283.

⁵ Chorão, João Bigotte (org.), Polis, Enciclopédia VERBO da Sociedade e do Estado, V. 4, Lisboa: Verbo, 1.997, p. 318/331.

E o direito analisado sob a ótica de uma técnica de controle social (fenômeno mais do que propenso a dissensos ideológicos) não pode ficar alheio a tais divagações, nem mesmo a questionamentos como os referentes à própria elaboração de uma teoria das decisões das minorias⁶, até porque, no universo jurídico, existem preocupações axiológicas e éticas (como exemplo, a filosofia do direito e o problema da análise do justo, o que pode facilmente passar por uma discussão a respeito dos interesses que levaram a edição, derrogação ou revogação de uma dada norma jurídica).⁷

Isso deve ser consignado, inclusive, para evitar que grupos hegemônicos, ainda que em inferioridade numérica, pretendam utilizar o sistema legislativo para obtenção de privilégios inviáveis, de forma a burlar o escopo preconizado pelo legislador constituinte. (Ex. Subsídios do IPVA de veículos Porsche, BMW ou helicópteros de pessoas físicas).

Identificada a noção de minoria que não se relaciona, portanto, necessariamente, com a idéia de inferioridade numérica, resta enfrentar outro desafio, que seria o problema da análise da inserção de direitos desses grupos minoritários em Estados Democráticos, que preconizam a proteção ao princípio da igualdade, tal como ocorre com a República Federativa do Brasil.

Ora, a questão que se pondera é a da aparente antinomia contida na idéia de que, se todos são iguais perante a lei, pareceria temerário estabelecer-se privilégios, de qualquer natureza, em favor de qualquer grupo em detrimento de qualquer outro, ainda mais levando-se em consideração que o interesse público parece não se coadunar com a idéia de privilégios para pequenos grupos em detrimento da maioria da população (seria mais lógico pensar-se em benefícios a uma maioria, para que um número maior de pessoas possa gozar de benesses).

Assim, percebe-se, facilmente, que não será toda e qualquer minoria que poderá pretender a obtenção de privilégios no ordenamento jurídico pátrio, o que dependerá do exame de uma série de fatores (torna-se a insistir na idéia de que se

⁶ Bobbio, Norberto. Matteucci, Nicola. Pasquino Gianfranco, Dicionário de Política, V. 1, Brasília: Universidade de Brasília, 2.000, p. 309/312.

⁷ N.A.: Em outra oportunidade, por exemplo, já se discorreu a respeito da noção de justo na chamada Antiguidade Greco-Romana, e os impactos da fatores históricos e sociais sobre tal noção de justo, em artigo sobre o tema (

faz necessária a referência a fatores interdisciplinares exógenos em relação ao direito formal, numa acepção kelseniana, até para que se possa ter o direito como efetivo e não como meramente eficaz).

No caso brasileiro, a igualdade se encontra inserida no artigo 5º da Constituição Federal (no *caput* como sobreprincípio constitucional e no parágrafo primeiro), e não se restringe a um conceito meramente formal, ou seja, fundado na exclusiva de que todos são iguais perante a lei, o que levaria a um sistema de grandes injustiças, sobretudo num país como o Brasil, em que existem inúmeras desigualdades sociais e econômicas, em virtude de uma série de fatores históricos e culturais (fato comumente destacado pelos meios de comunicação de massa, os *mass media*)..

Daí que, desde há muito, se tem entendido que o sistema jurídico constitucional brasileiro tenha buscado uma noção de isonomia, o que se aproxima do ideal platônico, encampado por Rui Barbosa, no sentido de que se devam tratar os desiguais, desigualmente, na medida de sua desigualdade, para que possa pretender obter uma igualdade.⁸

Assim, existiria base constitucional a partir deste princípio, entendido também como igualdade virtual⁹, para que possa conferir tratamento desigual a algum grupo, ainda que não se constitua em maioria (por uma noção protetiva apta a buscar uma efetividade do conceito de igualdade).

O grande problema é o de que, somente se admitirá a desigualdade de tratamento na medida em que esta se prestar a reduzir o fator de desigualdade do grupo beneficiado em relação ao grupo hegemônico da população.

Assim, a questão começa a se tornar mais ideológica, na medida em que se busca o ponto de equilíbrio apto a ensejar o tratamento desigual, também denominado adequado fator de discrimen.¹⁰

Tal fator deve ser buscado caso a caso para que se verifique se o mesmo se encontra adequado à solução do problema de desigualdade que se pretende

Silva, Júlio César Ballerini, Considerações a respeito do conceito na Antiguidade greco-romana. Revista Nacional de Direito e Jurisprudência, V. 55, Ribeirão Preto: Nacional de Direito, pp. 60/64).

⁸ Nery Jr. Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.995, 2ª edição, p. 40.

⁹ Moraes, Alexandre. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2.000, 7ª edição, p. 62.

¹⁰ Mello, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade, São Paulo: Malheiros, 1.991, p. 60.

resolver, tal como se dá, por exemplo, em relação ao problema de vedação da participação de candidatos homens ao cargo de carcereira de presídio feminino.

Mas isso é uma questão delicada posto que envolve o exame da ideologia predominante (que, como dito acima, pode derivar de um grupo majoritário, com interesses flagrantemente contrários ao da minoria que se visa proteger), que irá aferir o critério de justiça deste ou daquele parâmetro de desigualdade na solução de cada problema.

E a noção do justo é polêmica na medida em que cada indivíduo isoladamente considerado tem a sua noção e o seu critério próprio de justiça. Além do mais, o critério de justiça dominante varia muito no tempo e no espaço, já se tendo entendido como justa a lei do mais forte, a decisão pelo mais velho, pelo mais sábio, pelo escolhido de Deus (os reis nas monarquias, os critérios de provas pelas ordálias e juízos de Deus na Idade Média, etc ...), chegando-se, atualmente a um critério conhecido como lógica do razoável.¹¹

Tal critério de justiça parece repousar, igualmente, em um critério não muito objetivo, eis que, aparentemente, o que se busca, seria um certo consenso coletivo acerca desta noção de justo, o que, como é sabido, pode ser facilmente manipulado pela mídia.

De todo modo, e isso é inegável, para que ocorra permissão para o atendimento de direitos de uma dada minoria ou grupo não hegemônico, se faz necessário que se tenha um fator de *discrimen* razoável, adequado, o que, como demonstrado, dependerá de um certo consenso de razoabilidade.

Neste contexto não há que se falar em inconstitucionalidade de se estabelecer uma série de direitos a certos grupos minoritários, o que, como sabido, de nada adiantará se a igualdade for estabelecida de forma programática ou meramente formal (observa-se, aí, que se deve ter claro o que se pretende defender, ou seja, se uma proteção efetiva, no sentido técnico de funcionalidade da proteção, ou se, ao contrário, o que se busca é uma formal proteção normativa, o que parece não coadunar com os princípios íncitos a um Estado Democrático de Direito – e o artigo

¹¹ Lafer, Celso. A reconstrução dos direitos humanos. São Paulo: Companhia das Letras, 1.991.

1º e seus demais consectários da Carta Política de 05.10.1.988, parece ter deixado clara a orientação a ser seguida).

E, de forma ainda mais candente, reforçando tal orientação, a própria Constituição Federal já elencou uma série de minorias que se pretendeu privilegiar, dentro dessa idéia de tratamento desigual como forma de atingir a igualdade e a Justiça, bastando que se analise o Título VIII, que cuida da Ordem Social, pelo qual já se observam Capítulos específicos para estabelecer direitos, com eficácia de norma constitucional, a grupos não hegemônicos, como a criança, o adolescente, o idoso e os índios (artigos 226 a 232).

Isso, pelo óbvio, não foi feito de forma exaustiva (taxativa), estabelecendo um critério de números clausos, em relação ao que poderia ser entendido como minoria pela nossa ordem constitucional, o que, desta feita, não impede o reconhecimento de outros grupos não hegemônicos, com privilégios pela legislação infraconstitucional (como se dá, por exemplo, em relação aos afro-brasileiros na situação das cotas em universidades, aos transexuais a quem se deve atribuir igualdade de tratamento nas relações familiares, eis que vedada a discriminação sexual, as microempresas, os pequenos agricultores etc).

Por isso se faz necessário que se desenvolvam mecanismos eficazes de tutela desses mesmos direitos, o que pode ser feito através da convencional utilização da tutela individual, como também, de forma mais ou menos moderna e atual, através da tutela coletiva, com características próprias e diferenciadas, surgidas a partir da necessidade de se dar vazão ao grande número de demandas decorrentes da era globalizada (com a aplicação de uma tutela coletiva, obviamente, se atende aos princípios da celeridade e economia processuais, possibilitando que, em uma única ação, se resolva a situação, as mais das vezes, de milhões de usuários da máquina judiciária que não precisarão repetir demandas em muito assemelhadas umas em relação às outras).

Desnecessário, aliás, que se destaque que tal modalidade de tutela, inclusive, contribui para que se alcance, ainda, um fator de segurança em relação ao reconhecimento de direitos, eis que, em princípio, evita a própria coexistência de decisões judiciais antagônicas entre si, sem razoável *fator de discrimen* (e, como

sabido, sem impedir o próprio acesso à via individual, ou, como se disporá adiante, sem prejuízo à busca individual no insucesso da pretensão coletivamente exercida). No plano da busca individual a questão não traz em seu bojo maiores dificuldades, eis que se aplicam as regras básicas da ciência processual tradicional, ainda radicada no paradigma do direito natural (e não se vai impedir que um membro isolado de uma minoria não hegemômica, que tenha determinado direito previsto no ordenamento jurídico, possa buscar a tutela deste direito individualmente, como ocorre, v.g., em relação ao direito à saúde, pois isso seria violar o disposto na norma contida no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal).

Como sabido, em própria sede de tutela individual, a própria mentalidade de se entender o processo, não mais como um fim em si mesmo, mas como um instrumento de um *fundamental right* (o direito de ação), tem levado à adoção cada vez mais freqüente de vetustos adágios, como o brocardo de direito franco *pás de nulitè sans grief* (numa tradução livre implica na idéia de inexistência de nulidades sem efetivo prejuízo), base histórica de uma proposição doutrinária mais apurada que é vista sob a égide de uma instrumentalidade das formas (princípio expressamente acolhido pela norma contida no artigo 244 do Código de Processo Civil).

Tudo isso sem que se analise a própria *mens legislationes*, que se tem afigurado como voltada para a busca da efetividade processual com medidas como a criação de uma ação monitória, a criação de um procedimento sumaríssimo (seja pela Lei nº 9.099/95, seja pela Lei nº 10.259/01), seja, ainda, pela criação e alteração de mecanismos como a antecipação de tutela, pelas chamadas duas ondas de reforma processual (em alusão aos movimentos de reforma do Código de Processo de 1.973, nos anos de 1.994 e 2.001/2.002).

A cautela, no entanto, que se deve tomar é a de que se tenha em mente que, caso seja adotada a tutela coletiva, por força do peculiar efeito da coisa julgada neste tipo de ação (a chamada coisa julgada *incidenter tantum* ou *secundum eventus litis*), sobre o qual se discorrerá mais além, dependendo do resultado do processo, não haverá prejuízo para a busca individual da tutela, o que não ocorre na tutela individual, posto que, se a parte intentar demanda autônoma e vier a ser

sucumbente, em se formando a coisa julgada naquele dado processo individual, se surgir nova demanda coletiva, a parte estará excluída daquela proteção.

Mas, no plano da tutela coletiva, muito pouco estudada nas universidades pátrias, às mais das vezes sequer englobando o conteúdo mínimo das grades curriculares dos cursos de graduação, existem algumas peculiaridades a serem consideradas.

Inicialmente, insta ponderar que essa forma de tutela se aplica aos chamados direitos coletivos em sentido amplo (*lato sensu*), que abrange coletivos em sentido estrito (*stricto sensu*) e os direitos individuais homogêneos, com tratamento análogo ao conferido aos direitos difusos¹².

E, muito embora já se conheça a tutela coletiva, desde meados da Idade Média, e, como é sabido, muito se comenta a esse respeito sobre as *class action* da *common law*¹³, como a *Bill of peace* de interesse das guildas e corporações de ofício, a questão somente vem a ganhar maior atenção, com a complexidade da globalização que leva ao esgotamento do Poder Judiciário, como destacado acima (em fenômeno que não é privativo do Brasil, mas tem ocorrido, de forma mais ou menos uniforme, no mundo todo).

No Brasil, já se vislumbrou traços da tutela coletiva no próprio Código Civil de 1.916, o Código Bevilácqua, eis que se previam figuras como o Curador do Vínculo, para atuar nos processos de desquite (depois separação e divórcio) e anulação de casamento, sendo certo que se cuidava, num primeiro momento, do Promotor de Justiça, mas, depois da Constituição de 1.988, por força de seu artigo 129, que estabeleceu outras funções ao Ministério Público, vários Tribunais, inclusive o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, passaram a entender que tal Curador devesse continuar a existir, eis que legalmente previsto, mas não como Promotor de Justiça, devendo-se nomear Curador Especial para tais funções.

Tem-se, aí, a nomeação de um terceiro, para atuar em nome da coletividade, na defesa do interesse que não deixava de ser o interesse de uma minoria, ou seja, de uma família individualmente considerada (que, no universo do Estado é, sem dúvida, uma minoria não hegemônica), o que é, sem dúvida, indício de um embrião

¹² Mazzili, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 6ª edição, 1.994, p. 22.

não só da tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro, como também um exemplo de proteção coletiva de uma minoria não hegemônica.

Mas, de forma sistematizada e específica, a tutela coletiva vem a surgir, no direito pátrio, com as Leis da Ação Popular (Lei nº 4.717/65) e da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/65), nelas se consignando direitos difusos e coletivos a serem protegidos como direitos humanos de terceira geração. A própria Constituição Federal veio a aprimorar tal sistema, com a previsão da possibilidade de impetração de mandados de segurança coletivos (artigo 5º, inciso LXX).

Atualmente, mais três leis vêm a integrar o sistema de tutela coletiva do ordenamento jurídico nacional, a Lei nº 8.078/90, o conhecido Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a Lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei nº 8.884/94, a chamada Lei do Abuso do Poder Econômico.

E, em sede de direitos de minorias, pelo óbvio, não se cuidará da análise de direitos difusos, eis que esses pertencem indistintamente a toda a coletividade e não apenas e tão somente a um dado grupo não hegemônico, o que também ocorre em relação aos chamados direitos individuais homogêneos, em que os titulares são particularmente individuados e se encontram em conjunto com outros indivíduos não pertencentes à categoria não hegemônica de que não se cuida.

Isso porque, como sabido, direitos difusos, por definição, interesses de grupos menos determinados de pessoas, entre as quais não existe vínculo jurídico ou fático muito preciso. São feixes de interesses individuais, com pontos em comum.¹⁴ Ex. meio ambiente (quem é o seu titular ? na verdade qualquer ser vivo, mas, como, em regra, somente pessoas são sujeitos de direito, qualquer pessoa física na face da terra, brasileira, ou não, tem direito a um meio ambiente hígido e protegido), à educação, à vida, etc

O Código do Consumidor (Lei nº 8.078/90), em seu artigo 81, parágrafo único, inciso I os estabelece como direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

¹³ Marinoni, Luiz Guilherme e Arenhart, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1ª edição, 2.000, p. 680.

¹⁴ Mazzilli, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 6ª edição.

Assim, se as minorias são um grupo identificável de pessoas, que mantém características comuns, não haverá que se cogitar em direitos difusos em relação a esse determinado grupo de pessoas, que acabarão sendo abrangidas pelas situações referentes aos direitos coletivos em sentido estrito.

Ou seja, nessa categoria se encontram os direitos transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base (artigo 81, parágrafo único, inciso II CPDC – ou Código de Proteção e Defesa do Consumidor). Ex. Situações referentes a condições de atendimento da saúde de idosos, ou de crianças e adolescentes.

Nessas situações, se tem um direito transindividual, pois não se sabe, por exemplo, quanto cada indivíduo de um grupo minoritário não hegemônico, seja uma criança ou um adolescente utilizará do sistema, ou por quanto tempo, de modo que não há divisibilidade ou identificação do quanto a ser utilizado por cada titular, mas, por outro lado, não se trata de um titular indeterminado, como se dá nos direitos difusos, aplicáveis, indistintamente a todos.

Eventualmente, poderão ser englobados na tutela das minorias, no plano coletivo, as chamadas situações de direitos individuais homogêneos, previstos pelo artigo 81, parágrafo único, inciso III do mesmo CPDC, que não são transindividuais, como o próprio nome indica, mas que são decorrentes de uma origem comum e que tem o dano ou a responsabilidade, individualmente identificável. Ex. situações de *recall* que montadoras de veículos fazem comunicando peças com defeito em determinado modelo de veículo de certo ano, eventos como a explosão do Shopping Center de Osasco ou dos edifícios construídos por Sérgio Naia (fatos amplamente divulgados pela mídia, diga-se *en passant*).

O importante, já que direitos de grupos minoritários não hegemônicos, podem ser tutelados como direitos coletivos, é estabelecer que a tutela coletiva abrange determinadas peculiaridades, que devem ser observadas e que a diferenciam do regime da tutela individual.

Quanto a este aspecto, de se analisar, num primeiro momento, a situação da própria legitimidade para a propositura da demanda, e, quanto a este aspecto, insta

salientar que o Código de Processo Civil, em sua norma contida no artigo 6º, traz uma noção de legitimidade em sentido amplo, abrangendo, não só a legitimidade em sentido estrito, ou seja, a noção de que será parte legítima aquela que busca direito próprio em nome próprio, ou que é demandada em nome próprio, por ato próprio, como a própria legitimação, ou seja, a questão da autorização legislativa para demandar, o que se observa na inclusão da parte referente à propor ação para defender direito alheio como próprio devidamente autorizado por lei.

Não fosse a questão desse artifício retórico da legitimação, estaria, praticamente, inviabilizada a tutela coletiva no ordenamento jurídico, isso porque, pense-se numa ação envolvendo meio ambiente, atingindo a todas as pessoas físicas da face da terra.

Se ocorresse uma situação de litisconsórcio necessário, nos termos do artigo 47 Código de Processo Civil, não haveria como se elaborar uma petição inicial, incluindo os nomes e qualificações de todos os titulares do direito, como também, haveria grande dificuldade em relação à representação processual mediante mandato, por razões óbvias.

E o mesmo se dá em relação aos direitos coletivos, e mesmo das minorias, posto que, muitas vezes, um grupo se encontra em inferioridade numérica, estando em situação não hegemônica, mas, mesmo assim, é composto por milhares, às vezes milhões de indivíduos.

Daí o artifício de se recorrer à legitimação para solução desse inconveniente, o que não obsta direito de ninguém, se alguém pretender buscar a tutela individual de seu direito, de forma difusa, não estará impedido, mas, resolve a situação sob a ótica do controle concentrado da relação jurídica, em âmbito transindividual.

Com relação a tal aspecto, no ordenamento jurídico brasileiro, se estabeleceu o sistema de atribuição mista a órgãos públicos e privados, para a defesa deste tipo de direito, em sistema semelhante ao estabelecido no sistema de *Common Law*.

Desta feita, terão legitimação para tais ações coletivas, o Ministério Público, a União, Estados, Municípios e o Distrito Federal, as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica,

especificamente destinados à defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (artigo 82 CPDC, incisos I, II e III).

E, além desta gama de órgãos públicos, a sociedade civil pode se organizar, notadamente os grupos representantes destas minorias, em associações legalmente constituídas, há pelo menos um ano, e que incluam entre os seus fins institucionais a defesa dos interesses específicos (artigo 82, inciso IV CPDC), sendo certo que, em se cuidando de interesse social relevante, evidenciado pela dimensão ou característica do dano, poderá o Magistrado dispensar, na defesa de direitos individuais homogêneos, a pré-constituição mínima por um ano.

E, como assentado, não há necessidade de realização de assembléia para autorização da demanda ou de outorga específica de poderes pelos interessados, sendo certo que, não obstante o advento da Lei nº 9.494/97 que estabeleceu tais exigências quando o sujeito passivo da lide fosse a União e os entes estatais em sentido amplo, a jurisprudência e a doutrina, de forma praticamente uniforme, tem reconhecido a inconstitucionalidade do referido dispositivo.¹⁵

A inconstitucionalidade da aludida lei tem, inclusive, repercussões candentes em assuntos como a própria possibilidade de antecipação de tutela e concessão de tutela cautelar em face da Fazenda Pública, rompendo com dogmas iniciais, que estabeleciam um certo caráter absoluto ao regime especial de execução fazendária, estabelecido pela Constituição Federal (artigo 100 e seus consectários), o que a doutrina e a jurisprudência tem relativizado, notadamente em sede de garantia de direito fundamental, pelo princípio da proporcionalidade (e nisso se chama, novamente a atenção para o fato destacado acima, referente à chamada lógica do razoável), tanto em sede de tutela individual, como em sede de tutela coletiva.

Não será, portanto, por ineficácia do sistema, que o grupo minoritário não poderá obter a efetividade dos direitos fundamentais de que dispuser, sendo, inclusive possível, a obtenção de tutelas de urgência, mesmo em face do Poder Público em sentido amplo (o problema é o sentido em que se deva empregar a expressão direito fundamental, ou seja, deve-se definir se o que se tem é um conceito formal de direito fundamental, que abrangeria somente aquilo que estivesse contido no

artigo 5º da Magna Carta, ou, caso contrário, se o que se aplica é um conceito material, independente da ordem de inserção no texto constitucional, abrangendo não só as liberdades individuais, mas, sobretudo, os direitos sociais, de índole coletiva).

Ademais, nessas situações de tutela coletiva, o que se estabeleceu foi uma legitimação concorrente, de modo que não se fazem presentes os requisitos do artigo 47 do Código de Processo Civil, não se tratando de situação de litisconsórcio necessário entre os envolvidos, mas, ao contrário, o que se vislumbra é a possibilidade, por ponto comum de fato ou de direito, de eventual formação de litisconsórcio facultativo entre os legitimados.

Outra peculiaridade deste tipo de demanda coletiva, o que, aliás, a torna de grande relevância prática, é o regime jurídico especial da coisa julgada, disciplinada nos artigos 103 e 104 do CPDC.

Isso porque, seja em sede de direitos difusos, seja em sede de direitos coletivos em sentido amplo (os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos), o que se tem é o caráter diferenciado da coisa julgada na ação coletiva, ao qual se atribui a qualificação de coisa julgada *secundum eventus litis*, ou, numa tradução livre, coisa julgada de acordo com o resultado da demanda.

Tal se dá para evitar conluios que visem a prejudicar direitos dos beneficiários da tutela coletiva, fraudando-se o escopo da legislação protetiva, de modo que, se o resultado da demanda coletiva for de procedência da ação, todos os beneficiários serão atingidos e beneficiados, mas, ao contrário, caso não haja a procedência almejada pelo legitimado, não se estará impedindo o acesso de qualquer interessado à via judiciária, em caráter individual, para a obtenção do direito discutido.

Se isso for habilmente manejado, em um sistema de crise do Poder Judiciário, o interessado mal intencionado, poderá, se valendo de todas as instâncias recursais possíveis, prolongar a solução da pendência, por várias gerações, o que, pelo óbvio, não se pode conceber.

¹⁵ Marinoni, Luiz Guilherme e Arenhardt, Sérgio Cruz, Manual do Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1ª edição, 2.000, pp. 689/690.

Tais soluções de tutela destes interesses de grupos não hegemônicos (minoritários) pode ser aplicado para a efetividade dos direitos de transexuais, idosos, deficientes físicos e mentais, aposentados, crianças em situação irregular, adolescentes, estudantes e até mesmo detentos (de se ponderar que, não obstante pareça ser de interesse de criminalistas buscar a liberdade a todo custo porque o sistema penitenciário, tal como se apresenta, não ressocialize o apenado, muito se tem esquecido acerca da tutela civil dos interesses deste grupo não hegemônico, que tem o direito de cumprir pena nas condições legalmente estabelecidas, sob pena de responsabilização civil do Estado em sentido amplo, seja pela tutela individual, seja pela coletiva, inclusive com adoção de institutos processuais como os referentes à tutela específica, para a garantia das obrigações de fazer e não fazer).

Ora, parece preferível que se busque compelir, pela tutela cível, nos estritos limites do ordenamento jurídico, o cumprimento das regras referentes ao cumprimento da pena (observância do direito à saúde, à incolumidade física e outros, inclusive com a possibilidade de obtenção de uma tutela de urgência, pelo princípio da proporcionalidade, como dito acima), do que se partir para um pseudo humanismo exacerbado, em nome da injustiça do sistema, passar-se ao desmantelamento interpretativo do ordenamento jurídico penal (questão, insista-se, de foro intrinsecamente ideológico, admite-se, e que demandaria a elaboração de um artigo próprio, *opportuno tempore*).

Percebe-se, portanto, que muito ainda há a respeito do que se ponderar em sede de tutela de direitos das minorias, buscando-se efetividade para a aplicação adequada do princípio da igualdade (em sua acepção isonômica), bem como da garantia do exercício da cidadania a quem for pessoa residente e domiciliada no território nacional, premissa básica assegurada no *caput* da norma contida no artigo 5º da Carta Política de 05.10.1.988.

E, importante frisar, seja o direito buscado pela via jurisdicional individual, seja buscado em sede coletiva, se o mesmo ostentar o caráter de direito fundamental (o *fundamental right* a que se aludiu acima), estando presentes os demais requisitos autorizadores de uma tutela de urgência (o conhecido *fumus boni jûris*) ou de uma

tutela de satisfatividade (*verbi gratia*, o que ocorre em relação à situação de manifesto abuso em relação ao direito de defesa), o operador do direito deverá optar pela prevalência da efetividade sob um prisma não meramente formal.

Isso, reitera-se, deve ser aplicado mesmo quando o Estado *lato sensu* estiver no pólo passivo da relação jurídica material, não se lhe servindo de escusa (em situação de direito fundamental como dito acima, o que, as mais das vezes é demanda freqüente em relação aos interesses de um grupo minoritário), eventual privilégio executório, como o regime jurídico da norma contida no artigo 100 e seus consectários da mesma Constituição, diante da imperiosidade de se resolver a pseudo-lacuna pelo princípio da proporcionalidade.

Ora, estando o direito fundamental previsto, em regra (pois novos direitos desta natureza podem ser definidos, por exemplo, por Tratados que ingressem no ordenamento jurídico pátrio – artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal), de forma não taxativa, nos incisos do artigo 5º da Carta Política vigente, se encontra no mesmo nível hierárquico da regra privilegiada de execução, recomendando numa releitura da antiga orientação do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, de 1.942, mas ainda em vigor, a solução pelo critério da proporcionalidade (ou razoabilidade), o que não deixa de ser uma atualização de um preceito de equidade (enquanto princípio geral de direito, já admitido pelo vetusto diploma normativo referido), em orientações jurisprudenciais que se tem tornado cada vez mais freqüentes, notadamente no que se refere à garantia do direito à vida e à saúde.

Neste sentido, *v.g.*, de se destacar:

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - DOENÇA GRAVE - TUTELA ANTECIPADA - AGRAVO DE INSTRUMENTO -
Processo Civil. Antecipação de tutela contra o Estado. Fornecimento de remédio para tratamento de câncer na próstata. **Exceção ao comando legal que, em princípio, impede a concessão de liminares e antecipação de tutela contra este ente público, mitigada quando se tratar da saúde pública, dever do Estado, relativa à doença grave.**

Recurso desprovido. (grifo nosso) TJRJ - AI 4.625/98 - 12ª Câmara Cível - Rel. Des. Gamaliel Q. de Souza, j. 16.03.1999.¹⁶

Com o mesmo teor, e da lavra do Magistrado e processualista Luiz Fux, de se destacar:

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - PRESERVAÇÃO DA VIDA - TUTELA ANTECIPADA - DEFERIMENTO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EFEITO SUSPENSIVO - AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO PROVIDO - Tutela antecipada impondo ao Poder Público o fornecimento de remédio em face da iminência da morte por câncer da agravada. Possibilidade de concessão da tutela, porquanto em jogo direito fundamental da pessoa humana, qual seja, o direito à vida e à saúde. É dever do Estado assim compreendido o ente centralizado e as pessoas jurídicas do mesmo dependente no todo ou em parte. A pessoa jurídica de direito público exercente de funções na área de saúde deve velar para que o dever constitucional de manutenção da saúde seja preservado. A Constituição Federal quando enuncia que a saúde é "um dever do Estado" o faz no sentido de que é indeclinável, máxime pelas fundações mantidas pelo Poder Público. Essa é a força normativa da Constituição a que se referia Konrad Hesse. Precedentes judiciais que consagram o mais elementar de todos os direitos fundamentais, que é o da preservação da vida e a fortiori o da saúde. Agravo regimental concedido para cassar o efeito suspensivo deferido pelo relator em AI contra decisão interlocutória que determinou

¹⁶ CDROOM. *Júris Síntese Milenium*, Vol. 32, Porto Alegre: Síntese, Brasil, Novembro/ Dezembro de 2001.

o fornecimento do remédio. TJRJ - AgRgAI 5623/1999 - 10ª Câmara Cível - Rel. Des. Luiz Fux, j. 19.10.1999.¹⁷

Confirmando o mesmo raciocínio:

TUTELA ANTECIPADA - MUNICÍPIO - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - DOENÇA INCURÁVEL - PRESERVAÇÃO DA VIDA - CONCESSÃO DA MEDIDA - Ação de procedimento comum ordinário. Antecipação da tutela. Pedido de fornecimento de medicamentos a munícipe portador de câncer na próstata. Necessidade urgente do medicamento indicado. Requisitos legais preenchidos. Deferimento do pedido de antecipação. Inconformismo do réu. Improvimento do agravo. Sendo o agravado portador de câncer de próstata e necessitando de medicamentos, a serem fornecidos pela ré, na forma da legislação vigente, havendo, portanto, na espécie, prova inequívoca de verossimilhança da alegação, bem como o fundado receio de dano irreparável, impõe-se a confirmação da decisão, que deferiu o pedido de antecipação da tutela. TJRJ - AI 11992/1999 - 11ª Câmara Cível - Rel. Des. Nilton Mondego, j. 10.02.2000¹⁸.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.